

**UMUMÎ ESASLAR, ŞAHSIN HUKUKU VE AİLE HUKUKU İLE İLGİLİ
İSVİÇRE MAHKEME KARARLARI (*)
1955 - 1956**

Dr. Aytekin M. ATAAY

I

UMUMÎ ESASLAR

1) **Örf ve âdet hukuku (IMK. mad. 1/II - TMK. mad. 1/I):** Umumî Esaslara nazaran, bir örf ve âdet hukukunun¹ teşekkülü, bir kaidenin ancak uzun senelerden beri tatbik edilmiş ve hukukî bir kanaate, *opinio necessitatis*'e (BGE 56 I 42, 20 Ocak 1949 tarihli gayri münteşir Forrer dâvası mül. 5, b harfi ve atıflar ve 17 Haziran 1953 tarihli gayri münteşir Billeter dâvası) dayanmış olması halinde kabul edilebilir².

2) **Hakkın kötüye kullanılması (IMK. mad. 2 - TMK. mad. 2):** Bir şekil noksanını dermeyan etmek haddi zatında hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmez, fakat

(*) **Kısaltmalar:** Bak = bakınız. — BGE = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes. — Fed. Mah. = Federal Mahkeme. — FF = Feuille fédérale suisse. — HD. = Hukuk Dairesi. — HGK. = Hukuk Genel Kurulu. — IBK. = İsviçre Borçlar Kanunu. — IMK. = İsviçre Medenî Kanunu. — JdT = Journal des Tribunaux. — krş. = karşılaştırınız. — mad. = madde. — Mah. Kar. = mahkeme kararı. — mül. = mülâhaza. — müt. = müteakip. — no. = numara. — SJ = La Semaine Judiciaire. — SJZ = Schweizerische Juristen - Zeitung. — ta. = tarih. — TBK. = Türk Borçlar Kanunu. — TIK = Saymen - Erman - Elbir, Türk İçtihatlar Külliyyatı. — TKM = S. Olgaç, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenîsi ve İlgili Hususî Kanunlar, I (İstanbul 1956). — TMK. = Türk Medenî Kanunu. — Yt. = Yargıtay. — ZBJV = Zeitschrift des bernischen Juristen Vereins.

1) TMK.'nun 1. maddesinin metninde, tıpkı IMK.'nun İtalyanca metninde olduğu üzere, sadece örf ve âdet ten (*consuetudine*) bahsedilmekte ise de, bunu IMK.'nun Fransızca ve Almanca metinlerinde olduğu üzere örf ve âdet hukuku (*droit coutumier*, *Gewohnheitsrecht*) şeklinde anlamak iktiza eder. Zira, kanunun boşluklarını doldururken hâkim ancak devlet müeyyidesiyle teyid edilmiş olan örf ve âdeti, yani örf ve âdet hukukunu nazara alabilir.

2) Fed. Mah., ta. 26/1/1955 (BGE 81 I 34, JdT 1955 I 537).

bazı hâdiselerde hal ve vaziyet öyle olabilir ki, bir şekil noksanı ileri sürülmekle hak kötüye kullanılmış olur. MK.'un 2. maddesinin tatbik edilebilmesi takdire bağlı bir meseledir. Hâkim her münferit hâdisede hal ve vaziyeti nazara alarak ve sert kaidelerle bağlı olmaksızın (bak: JdT 1946 I 386 ve bilhassa 388 ve 390, ayrıca bu kararda zikredilen içtihatlar) hüküm verebilmelidir ³.

3) İsbat yükü (IMK. mad. 8 - TMK. mad. 6): IMK.'nun 8. (TMK.'nun 6.) maddesi muvacehesinde mukavelelerin ifası mevzuunda doktrin ittifakla, ifade bulunduğunu iddia eden tarafı iddiasını isbatla mükellef saymaktadır. Binaenaleyh alacaklı hakkını doğuran hâdiseleri, borçlu da kendini borcundan kurtaran, borcunun sona ermesi neticesini doğuran hâdiseleri isbat zorundadır (von Tuhr, CO II 434 ve 435; Becker, ilk mül. mad. 68 - 96 ve mad. 97 not 96; Guhl, 161; Tuor, 49; Gautschi, Beweislast und Beweiswürdigung 110; Leonhardt, Die Beweislast 383) ⁴.

II

Ş A H S İ N H U K U K U

A) H a k i k î ş a h ı s l a r

1) İtibarî ikametgâh (IMK. mad. 24/II, 26 - TMK. mad. 20/II, 22): Yabancı memleketteki ikametgâh terkolunduğu takdirde, ikametgâhın tâyini hususunda IMK.'nun 24. (TMK.'nun 20.) maddesinin II. fıkrasına tevfikan sakin olunan mahal nazara alınır ve sakin olma keyfiyeti IMK.'nun 26. (TMK.'nun 22.) maddesindeki sebeplere dayansa da bu böyledir (bak: Kaufmann, mad. 376, not 12 ve Egger, mad. 376, not 14 ve 15; bir yabancıya müteallik BGE 61 II 16, JdT 1935 I 487/8 karar da bu fikirden mühemdir). Cebrî olarak bir yerde bulunma da IMK.'nun 24. (TMK.'nun 20.) maddesinin II. fıkrasının şümulüne girer.^{4a}

2) Kanunî ikametgâh (IMK. mad. 25 - TMK. mad. 21): Orada mukim bulunmasa da evli kadının kanunî ikamet-

3) Mah. Kar., ta. 22/6/1954 (SJ 1955 602). Kararda zikredilenlerden başka Fed. Mah. kararları için bak: BGE 77 II 169, JdT 1952 I 112; BGE 78 II 221, JdT 1953 I 232. Ayrıca Bern İstinaf Mahkemesi kararıyla (ZBJV 1942 477) Yt. HGK. nun 11/3/1953 ta.'li ve 2/9 no.'lu kararına (TIK 1953 I 204, 205) bakınız.

4) Bern İstinaf Mahkemesi kararı ta. 12/7/1954 (ZBJV 1955 436).

4 a) Fed. Mah. ta. 22/5/1954 (BGE 80 II 108, JdT 1955 I 259).

gâhı esas itibariyle kocasının ikametgâhıdır (SJ 1949 541) ⁵.

Ayrıca bak: aşağıda III B 2.

3) Şahsiyetin korunması (IMK. mad. 28 - TMK. mad. 24): Bir gazete makalesinin bir şahsın şerefini ihlâl edip etmediğine karar verebilmek için, bu makalenin âmme efkârı ve bilhassa vasat okuyucu üzerinde icra edeceği tesir nazara alınmalıdır. Kat'î bir ithamın mevcut bulunmaması halinde açık bir isim müellifin veya gazetenin sorumluluğunu temin için kâfidir ^{5a}.

4) İsmi korunması (IMK. mad. 29 - TMK. mad. 25): Bak: aşağıda B 3 ve 4.

5) İsmi değiştirilmesi (IMK. mad. 30/I, 149/I - TMK. mad. 26/I, 141): IMK.'nun 149. maddesinin I. fıkrasına (TMK.'nun 141. maddesinin 1. cümlesine) göre, boşanan kadın «sona eren evlilikten önce taşımakta olduğu soyadını yeniden alır». Bu hüküm, metnine ve hazırlanışına nazaran emredicidir (BGE 59 II 92, JdT 1934 I 514), şu mânada ki, ister tarafların mukavelesi veya ister hâkimin kararı neticesinde olsun boşanma hükmü kanunun bu hal tarzından ayrılamaz. Fakat, boşanma ile kaybedilen aile adının yeniden alınması IMK. mad. 149 (TMK. mad. 141) tarafından kabul edilmemekle beraber, IMK.'nun 30. (TMK.'nun 26.) maddesinin tatbiki mevzuunda idarî makamlar ⁶ başlangıçtan beri kadının boşanmış olduğu kocasının soyadını almasını caiz saymışlardır (Federal Adliye ve Polis Nezaretinin 26 temmuz 1926 tarihli 1 No. lu tamimi FF 1919; Kollbrunner, Namensänderung, Bern 1938, s. 54 ve müt.) ⁷. O zamandan beri de kanton hükûmetleri ⁸, hiç ol-

5) Mah. Kar., ta. 14/6/1955 (SJ 1956 472).

5a) Mah. Kar., ta. 8/11/1955 (SJ 1956 574).

6) TMK.'nunda ismin değiştirilmesine müsaade verecek olan makam gösterilmemiştir. Doktrin bu hususta mahkemeyi salâhiyetli saymaktadır. Bak: Dr. H. V. Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku, I cüz 1 Şahsın Hukuku, 5. bası (İstanbul 1956), s. 119; A. S. Gönensay, Medenî Hukuk, I (İstanbul 1936), s. 100; Dr. A. Atay, Medenî Hukukda İsmi Değiştirilmesi (İstanbul Barosu Dergisi 1955), s. 499, 510; Dr. O. R. Atabek, Le Nom des personnes dans les Codes civils suisse et turc (Liège 1934, thèse), s. 131. Ayrıca bak: E. Arsebük, Medenî Hukuk, I (İstanbul 1938), s. 255, 256; Dr. F. H. Saymen, Medenî Hukuk, II Şahsın Hukuku (İstanbul 1948), s. 158.

7) Bu hususta ayrıca bak: SJZ XXI 6, XXII 153 ve XXIII 88. Keza Lüzern Hükûmeti de, 14/12/1931 tarihli bir kararında (bu karar için bak: Velidedeoğlu, a.g.e., s. 120) boşanmadan sonra çocukların mahkeme tarafından karıya bırakılmasını, karının çocuklarıyla aynı soyadını taşıyabilmesi için boşandığı kocasının soyadını alması hususunda kâfi sebep saymıştır. Bu kararın tenkidi için bak: Atay, a. g. e., s. 505.

8) Bak: Yukarıda not 6.

mazsa Alman İsviçresindekiler, bu imkânı geniş mikyasta kullanmışlardır. Bu suretle IMK. mad. 149'un (TMK. mad. 141'in) bertaraf edildiği ve ihtiva ettiği prensibin hiçe indirildiği söylenemez. Boşanmadan sonra kadın tarafından tekrar alınan isim diğer herhangi bir isimden farklı olmayıp, IMK.'nun 30. (TMK.'nun 26.) maddesindeki şartların mevcudiyeti halinde değiştirilebilir. Ve bu değişiklik, boşanma neticesinde kaybedilmiş olan aile adının, hükûmetin müsaadesiyle⁹ yeniden taşınması hakkında ibaret olabilir. Böyle bir değişiklik için **m u h i k s e b e p** lerin mevcudiyetini tesbit salâhiyetli makama aittir. IMK.'nun 149. (TMK.'nun 141.) maddesi boşanmadan önceki evlilik soyadının yeniden alınması imkânını selbetmemekle beraber, bittabi boşanmış kadının sadece daha önce bu ismi taşımış olması kanunun anladığı mânada «muhik» bir sebep teşkil edemez. Bunu kabul etmek için, müşahhas hâdisenin hususî hal ve şartlarında mündemiç olan hususî sebeplerin mevcut olması gerekir¹⁰.

6) İsmi imlâ tarzının değiştirilmesi (IMK. mad. 30/I - TMK. mad. 26/I): Tescile esas teşkil etmiş olan evrakı müsbiteye uygun bulunan ve binaenaleyh doğru olan bir **a d ı n i m l â s ı n d a** değişiklik, ancak IMK.'nun 30. (TMK.'nun 26.) maddesinde tanzim olunan ve muhik sebeplerin mevcudiyetini gerektiren **i s m i n d e ğ i ş t i r i l m e s i d â v a s ı** ile elde edilebilir¹¹.

7) İsmi değiştirilmesine itiraz (IMK. mad. 30/III - TMK. mad. 26/III): İsmi değiştirilmesine itiraz, ismi umumî himayesinin hususî halinden başka birşey değildir ve bir ismi gasbını men hususunda kazaî mercide açılan dâvaya benzerlik arzeder (IMK. mad. 29/II - TMK. mad. 25/II; BGE 52 II 106). Bununla beraber IMK. mad. 30/III (TMK. mad. 26/III) e tevfikân yapılan itirazla, gasba karşı IMK. mad. 29/II (TMK. mad. 25/II) ye göre ikame olunan dâva arasındaki fark, IMK. mad. 30'a göre «ismi değiştirilmesi» nden doğan **z a r a r ı n h u s u s î s u r e t t e a ğ ı r o l m a s ı** nın icabetmesi hususunda tezahür eder; halbuki (IMK.'nun 29. maddesinin II. fıkrasının Almanca metnine nazaran) ismi gasbına muhalefeti, muhalefette bulunanın uğradığı basit bir zarar (préjudice, Beeinträchtigung) dahi haklı kılar, hükûmetin¹² müsaadesine karşı ikame olunan dâva daha ağır bir zararı (lésion, Verletzung) icabettirir^{13, 14}.

9) Bak: Yukarıda not 6.

10) Fed. Mah., ta. 3/11/1955 (BGE 81 II 401, JdT 1956 I 450 ve müt.).

11) Fed. Mah., ta. 25/5/1955 (BGE 81 II 259, JdT 1956 I 173).

12) Bak: Yukarıda not 6.

13) İsmi değiştirilmesine karşı açılan itiraz dâvasının ancak ağır bir za-

B) H ü k m î ş a h ı s l a r

1) **İsim üzerindeki haktan istifade (IMK. mad. 53 - TMK. mad. 46):** Ticaret ünvanının himayesine ait hükümlerden i d e a l g a y e g ü d e n c e m i y e t l e r değil, ancak iktisadî teşebbüsler istifade ederler. Bu hususta içtihat müstekardır (BGE 34 II 114 ve müt.). Buna mukabil ideal gayeli cemiyetler bütün hükmî şahıslar gibi isim üzerindeki haktan istifade ederler (IMK. mad. 53 - TMK. mad. 46) ¹⁵.

2) **İsmin seçilmesi:** Hükmî şahıslar isimlerini daha önce mevcut bulunan, bilhassa faaliyet sahaları aslında ve yer itibariyle aynı olan diğer hükmî şahıslarla k a r ı ş ı k l ı ğ a m e y d a n v e r m i - y e c e k şekilde seçmek hususunda hususî bir ihtimam sarfetmek zorundadırlar (BGE 42 II 315, 58 II 313; JdT 1916 I 656, 1933 I 263). Aksi hal ismin gasbını (IMK. mad. 29/II - TMK. mad. 25/II) teşkil eder ¹⁶.

3) **İsmin korunması (IMK. mad. 29/II, 53 - TMK. mad. 25/II, 46):** IMK.'nun 53. (TMK.'nun 46.) maddesine göre, hükmî şahıslar cins yaş hısımlık gibi insanın tabiî varlığından ayrılması mümkün olmıyan haklardan gayri bütün hakları iktisap edebilirler. IMK.'nun 29. (TMK.'nun 25.) maddesinin II. fıkrasına göre hükmî şahıslar, isimlerinin kendilerini belirtmekten başka bir husus için üçüncü şahıslarca kullanılmasına muhalefet edebilirler (BGE 76 II 91). Bir ismin bir şeyi belirtmek için, meselâ bir mecmuaya ad olarak kullanılması hali de IMK.'nun 29. (TMK.'nun 25.) maddesine göre ismin gasbını teşkil eder (BGE 44 II 86, JdT 1918 I 510; E g g e r , mad. 29 not 17) ¹⁷.

İsmin korunması mevzuunda ayrıca bak: yukarıda 2 ve aşağıda 4 no. lu kararlar.

4) **Kısaltılmış isimlerin korunması (IMK. mad. 29/II, 53 - TMK. mad. 25/II, 46):** Bir hükmî şahsı belirtmeğe yarayan k ı s a l t ı l m ı ş

rar bulunması halinde mesmu olacağı hususu IMK.'nun 30. maddesinin Fransızca ve almanca metinlerinin ifade tarzından anlaşılmaktadır (bu metinleri italyanca metinle krş.). TMK.'nun bu maddeyi karşılayan 26. maddesinin ifadesi böyle bir netice çıkarmağa pek müsait değilse de, hukukumuzda da, cüz'î olan (yani hukuken izalesi imkânının sağlanmasına deymiyecek derecede az olan) bir zarar veya zarar ihtimali itiraza mesnet teşkil edemez. Bak: A t a a y , a. g. e., s. 511.

14) Yukarıda not 10 da a.g. Fed. Mah. kararı.

15) Fed. Mah., ta. 4/11/1954 (BGE 80 II 284, JdT 1955 I 325). Hükmî şahısların isim üzerindeki haktan istifadeleriyle ilgili iki Fed. Mah. kararı için bak: Dr. H. Velidedeoğlu - Dr. A. Ataay, Türk Cemiyetler Hukuku (İstanbul 1956), § 11 II 2 ve 3.

16) Fed. Mah., ta. 4/11/1954 (BGE 80 II 284, JdT 1955 I 326).

17) Fed. Mah., ta. 9/3/1954 (BGE 80 II 140, JdT 1955 I 36).

ve meselâ ismin baş harfleriyle teşkil edilmiş bulunan ad da ismin bütünü gibi himayeye mazhardır¹⁸.

III

A İ L E H U K U K U

A) N i ş a n l a n m a

1) **Nişanlanmanın şekli (IMK. mad. 90 - TMK. mad. 82):** İsviçre hukukunda nişanlanma hiçbir şekle tâbi tutulmamıştır (bilhassa bak: SJ 1942 295)¹⁹. Filhakika IMK.'nun 90. (TMK.'nun 82.) maddesi, bunun evlenme vaadiyle meydana geldiğini söylemektedir. Bu hususta sarîh veya zımnî bir irade beyanının mevcudiyetini ispat, bittabi bunu ileri süren tarafa aittir ve şarihler göre (bilhassa Egger IMK. mad. 90 sahife 25 ve 26 not 10-12) bu, nişan ziyafeti, birlikte cihaz satın alınması, yüzük taşınması, akraba ve dostlara nişanlı sıfatiyle takdim v.s. gibi karinelerle dahi olabilir²⁰.

2) **Nişanın bozulmasında muhik sebep (IMK. mad. 92 - TMK. mad. 84):** Hissiyatta vuku bulan basit bir değişiklik nişanın bozulması hususunda muhik bir sebep teşkil etmez. Buna mukabil, evliliğin muvaffakiyetsizliğe uğrayacağını gösterecek mahiyette ciddî anlaşmazlıklar, nişanın bozulmasında muhik sebep teşkil eder²¹.

3) **Nişanın bozulmasında mânevî tazminat (IMK. mad. 93 - TMK. mad. 85):** IMK.'nun 93. (TMK.'nun 85.) maddesine müsteniden bir tazminata hükmedilebilmek için, kanunda belirtildiği üzere, nişanın bozulmasının nişanlı tarafın şahsî menfaatlerine ağır bir tecavüz teşkil etmesi²², diğer tarafın kusurlu olmasına rağmen onun bizzat kusurlu bulunmaması iktiza eder²³.

Ayrıca aşağıda no. 4'ün ilk iki cümlesine bakınız.

18) Fed. Mah., ta. 4/11/1954 (BGE 80 II 285, JdT 1955 I 326). Kısaltılmış isimler mevzuunda ayrıca bak: JdT 1938 I 633.

19) «Nişanın örfü âdet veçhile yapılması lâzımdır» Yt. 2. HD., ta. 8/9/949, no. 2871/4269 (TKM. mad. 82 no. 410).

20) Mah. Kar., ta. 1/2/1955 (SJ 1956 155).

21) Mah. Kar., ta. 1/2/1955 (SJ 1956 154).

22) «Dâvacının fahiş zarara uğradığı tesbit edilmeksizin mânevî zarara hükmedilmesi yolsuz olduğundan...» Yt. 3. HD., ta. 30/4/1951, no. 7491/4950 (TIK 1952 I 15).

23) Mah. Kar., ta. 1/2/1955 (SJ 1956 156).

4) Nişanın bozulması halinde, cinsî münasebete rıza göstermiş olan kızın mânevî tazminat talebi (IMK. mad. 93 - TMK. mad. 85): İçtihatlar göre, nişanın bozulması halinde mânevî tazminata hükmedilebilmek için, bilhassa ağır ve mütad ölçüyü aşan bir tecavüz mevcut olmalıdır. Mânevî azap, hattâ nişanın bozulmasının normal olarak tevhit ettiği asabî şok kifayet etmez: ağırlık vasfı, nişanı çevrelemiş olan hal ve şartlardan olduğu kadar, nişanın bozulmasının şartlarından da anlaşılır (SJ 1942 300, 1949 79 ve 80). Nişanlısıyla mahrem münasebetlerde bulunmağa rıza göstermiş olan kızın, muhik bir sebep bulunmaksızın ve kendi kusuru olmaksızın nişanın bozulması halinde şahsî menfaatlerinde ağır bir tecavüze uğradığını mahkemelerin umumiyetle kabul etmeleri, bu münasebetler dolayısıyla bilhassa evlenme şansının azalmış olmasını nazara almalarındandır (SJ 1952 204 ve 5 kasım 1954 tarihli W-Dlle K. dâvası). Nişanın her türlü evlenme vaadi dışında serbetçe kabul edilmiş bulunan mahrem bir münasebetten sonra vuku bulması halinde, mahrem münasebetler nazara alınmaz²⁴.

B) K a r ı - k o c a v e ç o c u k l a r

1) Evlilik birliğinin himayesi (IMK. mad. 169 - 176 - TMK. mad. 161 - 168): Kanunî şartlar mevcut olmadığı halde eşlerden birinin müşterek hayata avdeti reddetmesi bir aile vazifesinin ihmalini teşkil eder. Müşterek hayata avdet münhasıran şahsa bağlı bir borçtur; eşlerden birinin diğerine tazminat ödemeğe mahkûm edilmesi suretiyle buna icbar edilmesi caiz değildir. Evlilik birliğini himaye hususunda tedbir alacak olan hâkim ancak kanun tarafından derpiş olunan tedbirleri alabilir. Diğer bütün tedbirler keyfî kalır²⁵.

2) Müşterek hayatın tâfili (IMK. mad. 25/II, 170/I - TMK. mad. 21/II, 162/I): Kocanın sert muameleleri ve tehditleri karıya ayrı mesken seçmek (IMK. mad. 170/I - TMK. mad. 162/I) ve bunun neticesi olarak da, şahsî bir ikametgâh itti haz etmek salâhiyetini verir (IMK. mad. 25/II - TMK. mad. 21/II). Kadın bu ikametgâhında boşanma dâvası açabilir (IMK. mad. 144 - TMK. mad. 136)²⁶.

24) Mah. Kar., ta. 1/2/1955 (SJ 1956 157, 158).

25) Fed. Mah., ta. 1/12/1954 (JdT 1955 I 148-152).

26) Mah. Kar., ta. 2/4/1954 (SJ 1955 424 ve müt.). Yt. 2. HD.'nin 6/12/1940 ta.'li ve 3335/399 no.'lu kararı için bak: TKM. mad. 21 no. 191.

Kocanın sırf iflâs etmiş olması, karı tarafından ayrı bir ikametgâh ittihazını haklı kılmaz^{26a}.

3) Boşanma dâvasının ikamesinden sonra müşterek hayatın tâtili ve müşterek meskeni terk (IMK. mad. 170/II - TMK. mad. 162/II): Kaide olarak ve hiç olmazsa zorlayıcı sebepler başka bir hal tarzını gerektirmedikçe boşanma dâvasında hâkim, istifadesini diğer eşe bırakmak için, eşlerden birine müşterek meskeni terk emri veremez. Müşterek meskeni terk, IMK.'nun 170. (TMK.'nun 162.) maddesinin II. fıkrasının, kendisine tanıdığı müşterek hayatı tâtil hakkını kullanmak isteyen eşe aittir²⁷.

4) Ayrı yaşama veya münasebette bulunmama halinde boşanma: Müstekar bir içtihada göre (SJ 1930 301, 1935 587, 1939 59, 1941 225 ve 440) boşanmaya sırf eşlerin karşılıklı anlaşma ile bir çok senelerden beri ayrı yaşamaları sebebiyle hükmedilemez. Bu içtihat, eşlerin bir müddetten (hâdisede üç seneden) beri mahrem münasebette bulunmamaları halinde de tatbik olunabilir, zira her iki vaziyette de fizik birleşmenin yokluğu mevzuubahistir²⁸.

5) Boşanma sebebi olarak pek fena muamele mefhumu (IMK. mad. 138 - TMK. mad. 130): Bir kocanın eşine karşı davranışı, ancak bu eşe hakaret etmek (pek fena muamelede bulunmak) kasdı ile hareket etmesi halinde IMK.'nun 138. maddesinde kastedilen mânada ağır bir hakaret (TMK.'nun bu maddeye tekabül eden 130. maddesinde kastedilen mânada, pek fena bir muamele) teşkil eder²⁹.

6) Akıl hastalığı ve imtizaçsızlık sebebiyle boşanma (IMK. mad. 141, 142 - TMK. mad. 133, 134): İmtizaçsızlığın dâvalı eşin akıl hastalığından ileri gelmesi halinde IMK.'nun 142. (TMK.'nun 134.) maddesine dayanılarak dâva açılmak suretiyle IMK.'nun 141. (TMK.'nun 133.) maddesinin emredici şartları bertaraf edilemez³⁰.

Tedavisi kâbil olmıyan bir akıl hastalığına müptelâ olan eş IMK.'nun 142. maddesine dayanarak boşanma isteyebilir³¹.

26a) Mah. Kar., ta. 14/6/1955 (SJ 1956 473).

27) Mah. Kar., ta. 12/11/1954 (SJ 1956 97 ve müt.).

28) Mah. Kar., ta. 1/10/1954 (SJ 1956 84).

29) Mah. Kar., ta. 17/9/1954 (SJ 1956 68 ve müt.).

30) Yukarıda not 29'daki karardan.

31) Bern İstinaf Mahkemesi kararı, ta. 16/5/1955 (ZBJV 1956 234).

7) Boşanma dâvasında salâhiyet (IMK. mad. 144 - TMK. mad. 136): IMK.'nun 144. (TMK.'nun 136.) maddesine göre eşlerden birinin selâhiyetli mahkemedan bir talepte bulunması anından dâvanın sonuna kadar, başka bir yerde ikamet eden dâvalı eş tarafından açılacak boşanma veya ayrılık dâvaları için de münhasıran gine aynı mahkemenin yetkili olduğunu kabul etmek iktiza eder; başka bir ifade ile, kendi bakımından da boşanma veya ayrılık isteyen dâvalı eş, dâvasını esas dâvanın görüldüğü yer mahkemesinde mukabil dâva yoluyla ikame edebilir. Boşanma veya ayrılık dâvası koca tarafından bir yerde karı tarafından başka bir yerde açıldığı ve IMK.'nun 144. (TKM.'nun 136.) maddesine nazaran her iki merci de salâhiyetli bulunduğu takdirde, dâvaya ilk önce bakan mahal mercii tercihan yetkili sayılmalıdır (bu mevzuda bak: BGE 42 I 144 mül. 3; 56 340; - 64 II 177, JdT 1939 I 38; - 64 II 183 ve müt., JdT 1939 I 40; - 72 II 323; JdT 1947 I 163; - 74 II 69 ve müt., JdT 1948 I 590) ^{31a}.

Ayrıca bak: Yukarıda 2 no.lu karar.

8) Memnuiyet müddeti (IMK. mad. 150 - TMK. mad. 142): İçtihatlarla göre (BGE 69 II 353, SJ 1944 342; BGE 71 II 53) boşanmada kabahatli olan tarafın yeniden evlenememesi için hâkim res'en bir memnuiyet müddeti tâyin etmek zorundadır ³².

9) Boşanan kadının soyadı (IMK. mad. 149 - TMK. mad. 141): IMK.'nun 149. (TMK.'nun 141.) maddesi emredici bir hükmü ihtiva etmektedir (yukarıda II A 5'teki karardan).

10) Meslekî faaliyetlerinde kocasına yardım eden kadının, evliliğin sona ermesinden sonra ücret talep etmesi: Meslekî faaliyetlerinde kocasına yardım eden kadın, aksine mukavele bulunmadıkça, evliliğin sona ermesi halinde bir ücrete hak kazanmaz ^{32a}.

11) Velâyetin tevdiinde hâkim olan esaslar (IMK. mad. 156/I, 285 - TMK. mad. 148/I, 274): Çocukların tevdiî IMK.'nun 156. (TMK.'nun 148.) maddesi tarafından tanzim edilmiş olup, buna nazaran «boşanma veya ayrılık halinde hâkim, velâyetin icrasına ve çocuklarla ebeveyn arasındaki şahsî münasebetlere müteallik tedbirleri alır». Bu hükmün çok umumî olan lâfzına nazaran, bu hususta hâdisenin bütün

31a) Fed. Mah., ta. 8/4/1954 (BGE 80 II 99-100, JdT 1955 I 46, Adalet Dergisi 1955 496).

32) Fed. Mah., ta. 25/11/1955 (SJ 1956 565).

32a) Fed. Mah., ta. 19/4/1956 (BGE 82 II 94 ve müt., JdT 1956 578 ve müt.)

hususiyetlerini nazara almak zorunda bulunan hâkim geniş bir takdir serbestisini haizdir... Hâkim kendisine rehber olarak her şeyden önce çocukların menfaatini nazara almalıdır. Ebeveynlerden her birinin karakterlerinin ve yetiştiricilik kabiliyetlerinin nazara alınmasını mecburî kılan bu menfaat, tek başına veya esas itibariyle boşanmadan mes'ul bulunan eşe çocukları tevdi onu sevk edebilir. Binaenaleyh eşlerin koca veya karı olarak ika etmiş olabilecekleri kusurlar hüküm hususunda kat'î bir mahiyet arz etmezler. Tâlim ve terbiye bakımından ebeveynlerden her ikisinin de aşağı yukarı aynı garantiyi arz etmesi ve çocukların menfaatinin eşlerden birinden ziyade diğerine tevdi icab ettirmemesi halinde, bunlar talî bir rol oynarlar. Bu gibi hallerde hâkim, velâyetin icrasını kusursuz eşe tevdi edebilir. Bundan başka hâkim, velâyeti sadece taraflardan birine tevdi—bu, diğerinin o zamana kadar haiz bulunduğu hakkın *ipso facto* sona ermesi neticesini doğurur — ile kalmaz, fakat bunu her ikisinden de geri alabilir. Bununla beraber IMK.'nun 285. (TMK.'nun 274.) maddesindeki şartların mevcut bulunmaları gerekir. Görüldüğü üzere umumiyetle hâkim boşanma anındaki hal ve şartları ve bunların yakın bir gelecekteki tekâmülünü nazara almak zorundadır. Bu şartlar sonradan değiştiği takdirde ebeveyn veya vesayet makamı³³ IMK.'nun 157. (TMK.'nun 149.) maddesi tarafından tanınmış olan boşanma hükmünün değiştirilmesi davasını açabilirler (bu muhtelif prensipler hususunda bak: BGE 38 II 14, 37, 53, 440; 40 II 316; 43 II 476 - 477; 48 II 306; 53 II 191, 195; 62 II 11 = SJ 1936 558; BGE 62 II 203 = SJ 1936 590; BGE 65 II 132)³⁴.

12) Velâyetin anaya tevdi (IMK. mad. 156/I - TMK. mad. 148/I): Zarurî istisnalar³⁵ dışında, henüz küçük olan çocukların velâyetinin — dışarda çalışmaya mecbur olsa ve bütün gün evde bulunmasa da—tercihan anaya verilmesi kaidedir³⁶.

Ananın zinası zarurî olarak ve tek başına, yani zinanın

33) TMK. mad. 149'a göre, hâkim.

34) Fed. Mah., ta. 18/3/1954 (SJ 1956 52, 53). Velâyetin tevdiinde hâkim tarafından nazara alınan hususlar için ayrıca Yt. 2. HD.'nin 24/5/1956 ta.'li ve 3389/2970 no.'lu kararına (Tatbikatta Yargıtay Kararları, 1956 2229) bakınız.

35) Meselâ ananın aklen zayıf olması. Bak: Yt. HGK., ta. 24/1/1951, no. 2-179-76/15 (TKM. mad. 148 no. 912).

36) Mah. Kar., ta. 12/3/1954 (SJ 1955 329 ve müt.). Küçük yaşta bulunan çocuğun velâyetinin anaya tevdi edilmesi gerektiği hususunda Yt. 2. HD.'nin 28/9/1938 ta.'li ve 976/3291 no.'lu kararıyla (Temyiz Kararları 1938 222). Yt. 2. HD.'nin 3/4/1950 ta.'li ve 1709/1770 no.'lu kararına (TKM. mad. 148 no. 926), bakınız. Aynı mahiyette diğer bir Yt. kararı için ayrıca bak: Ankara Barosu Hukuk Dergisi, 1955 365.

ahlâkî bir çöküntüye veya ananın terbiyecilik mes'uliyetlerini müdrük bulunmadığı ve çocuklarına ahlâkî bir terbiye vermeğe ehil olmadığı hükmünü verdirecek mahiyette bir hiffete delil teşkil etmemek şartıyla, onun velâyet hakkından mahrum edilmesini icab ettirmez³⁷.

13) Velâyetin babaya tevdi (IMK. mad. 156/I - TMK. mad. 148/I): Mükerrer olarak ve ağır bir şekilde analık vazifelerini ihmal etmesi sebebiyle, küçük yaşta bulunan çocuğun velâyeti anaya tevdi edilmediği takdirde —hakkında edinilen malûmat elverişli bulunmak kaydıyla— babaya tevdi edilmek iktiza eder. Çocuğun bakımının iyi şartlar altında temini hususunda gerekli tedbirleri alabilecek durumda bulunan babaya, işi dolayısıyla sırf onu yanında muhafaza imkânına sahip olmaması ve üçüncü şahıslara tevdi zorunda bulunması sebebiyle velâyetin tevdi edilmemesi yolsuzdur³⁸.

14) Velâyeti tek başına haiz bulunan ana veya babanın vazifesi: Çocukların menfaati, velâyet kendisine tevdi edilmiş olan ebeveyn (ana veya baba) tarafından, velâyeti haiz bulunmayan ebeveyne (ana veya babaya) karşı hasmane bir ruh içinde yetiştirilmemesi iktiza ettirir³⁹.

15) Velâyetin ana ve babaya tevdi edilmemesi (IMK. mad. 156/I, 285 - TMK. mad. 148/I, 274): Ebeveynden her ikisi de velâyet hakkını icraya lâyık olmadığı veya ehil bulunmadığı takdirde, boşanmaya hükmeden hâkim bunlardan her ikisinden de velâyeti nez'edebilir. Bu takdirde bir vasi nasbolunmak icab eder. Fakat içtihatlar nez'e ancak, hâdisenin boşanma dâvasından müstakil olarak görülmesi halinde, IMK.'nun 285. (TMK.'nun 274.) maddesinin tatbiki suretiyle vesayet makamını⁴⁰ velâyeti ebeveynden nez'e sevkedecek hal ve şartlar mevcut bulunduğu takdirde hükmedilebileceği kaidesini vazetmiştir⁴¹.

Ayrıca bak: Yukarıda 11 no.'lu karar.

16) Velâyetin nez'i (IMK. mad. 285/I, 286 - TMK. mad. 274/I, 275): Kadının yeniden başka biriyle, hattâ evlilik birliğinin sona ermesi hususunda mes'uliyet payı bulunan şahısla evlenmesi

37) Mah. Kar., ta. 4/3/1955 (SJ 1956 313).

38) Mah. Kar., ta. 26/3/1954 (SJ 1955 333 ve müt.).

39) Yukarıda not 36'da a. g. Mah. Kar.

40) TMK. mad. 274'e göre, hâkim i

41) Mah. Kar., ta. 4/3/1955 (SJ 1956 313).

ihhtimali, ona tevdi edilmiş bulunan velâyetin nez'ini gerektirmez⁴².

17) Babalık dâvasında müddetin uzaması (IMK. mad. 308, IBK. mad. 139 - TMK. mad. 296, TBK. mad. 137): Federal Mahkemenin içtihadına göre, IBK.'nun 139. (TBK.'nun 137.) maddesi sadece asıl mânada müruruzaman müddetine değil, fakat IMK.'nun 308. (TMK.'nun 296.) maddesiyle tesis edilmiş olan sukutu hak müddetine de tatbik edilebilir. Binaenaleyh, babalık dâvasının «müracaatta bulunulan hâkimin salâhiyetsizliği veya telâfisi mümkün bir şekil noksanı veyahut da vaktinden evvel açılmış bulunulması sebebiyle reddedilmesi halinde», dâvacı taraf, bu arada bir yıllık müddet tamamlanmış olduğu takdirde, hakkını kabul ettirmek için altmış günlük münzama bir müddet ten istifade eder (BGE 61 II 149 ve müt.; 72 II 328)⁴³. IBK.'nun 139. (TBK.'nun 137.) maddesi bir dâva normal müddeti zarfında ikame edilmiş olduğu halde telâfisi mümkün bir şekil noksanı ile malûliyeti sebebiyle reddedilmiş bulunması ve bu hususa müteallik kararın müruruzaman veya sukutu hak müddetinden sonra verilmiş olması şartıyla tatbik olunabilir⁴⁴.

C) Aile malları

1) Aile tesisinin gayesi (IMK. mad. 335 - TMK. mad. 322): St-St tesisi dâvası kararında (BGE 73 II 81 ve müt.) belirtildiği üzere, IMK.'nun 335. (TMK.'nun 322.) maddesindeki gayeler tahdidî olarak sayılmıştır, «mümasil gayeler» tâbirinin mâkul bir kıyasın hudutları dahilinde tefsiri gerekir⁴⁵.

2) Aile tesisinin butlanı (IMK. mad. 335 - TMK. mad. 322): IMK.'nun 335. maddesine göre, bir aile tesisinin muteber olabilmesi için, aile ferdlerinin tâlim ve terbiyesine, teçhiz ve yardımlaşmasına müteallik masrafların ödenmesine mâtuf bulunması icap eder... Binaenaleyh, muayyen mallar ve kanun tarafından tesbit edilmiş olan gayelerin tahakkuku hususunda bunlara ihtiyacı bulunan şahıslar bahis mevzuu olmalıdır (ayrıca bak: BGE 71 I 268 ve müt.). İhtiyaçları bulunmadığı halde, diledikleri şekilde istifade etmeleri için, tesis servetinden alınacak meblağların aile fertlerinden bazılarının emrine tahsis gayesine mâtuf bir tesis meydana getirilemez (bak: BGE 75 II 25, sayfanın üst kısmı ve 79 II 118). Kanun tarafından vazedilmiş şartlara uymayan bir aile tesisinin butlanına hükmolunmalıdır⁴⁶.

42) Mah. Kar., ta. 8/1/1954 (SJ 1955 107 ve müt.).

43) Bu kararlar için ayrıca bak: SJ 1936 47-48, 1947 199 ve müt.

44) Fed. Mah., ta. 9/12/1954 (SJ 1956 4).

45) Fed. Mah., ta. 28/1/1955 (SJ 1956 13 ve müt.).

46) Yukarıda not 45'teki karardan.

D) Vesayet - kayyım l ı k

1) İdare kayyımlığı (IMK. mad. 393 - TMK. mad. 377): Bir kim-
senin IMK. mad. 393 (TMK. mad. 377) no. 2'nin anladığı mânada ma-
lini bizzat idareye veya bir vekil tâyinine muktedir olmaması, bunları
ancak fiilen yapabilmek imkânına malik bulunma-
ması halinde kabul edilebilir. Bir kimse mallarını bizzat idare ede-
bilmek veya bir vekil tâyin edebilmek imkânına fiilen mâlik olduğu,
fakat ruhî bozukluklar, karakter eksiklikleri veya diğer benzer sebep-
ler dolaysıyla bunları gereği gibi yapabilecek bir durumda bulunma-
dığı takdirde, idare kayyımlığının değil, fakat (vesayetin daha hafif
şeklinden başka bir şey olmıyan, (bak: BGE 80 II 17, JdT 1954 I 518)
kanunî müşavirliğin ihdası gerekir. Eğer bu kifayet etmezse vesayet
tesis olunur ⁴⁷.

2) Vesayet altındaki şahsın ortak olarak malik bulunduğu gayri-
menkulünün satışı (IMK. mad. 404/II - TMK. mad. 388/I, cümle 3):
Hâdisede dâvacı vesayet altındadır. IMK.'nun 404. maddesinin II. fık-
rasına (TMK.'nun 388. maddesinin I. fıkrasının 3. cümlesine) göre, bu
vaziyette gayrimenkulün satışı âlenî müzayede ile olur ve ihalenin
vesayet makamı (Vormundschaftsbehörde, autorité tutélaire) ⁴⁸ tara-
findan tasdik edilmesi icap eder. Bu hükmün «ratio legis» i (=fiatın
serbestçe tâyinini temin, paraya çevirmeden âzamî kârı sağlama) do-
laysıyla bunun, sadece vesayet altındaki şahsa tamamı ait bulunan
gayrimenkulün satışına değil, fakat vesayet altındaki şahsın hissesi-
nin ehemmiyeti nazara alınmaksızın (BGE 63 I 108; JdT 1937 I 547;
Egger, mad. 404 not 3), müştereken veya iştirak halinde tasarruf
ettiği bir gayrimenkulün satışına da tatbik olunması icabeder ⁴⁹.

3) Vesayet uzuvlarının birlikde mes'uliyeti (IMK. mad. 429/I
- TMK. mad. 412/I): Müellifler IMK.'nun 429. (TMK.'nun 412.) mad-
desinin I. fıkrasının hükmüne nazaran vesayet makamı uzuvlarının ⁵⁰,
“vasinin ödiyemediği nisbette” mes'ul olmaları kaydile, ne zaman
vasi ile beraber “zararı tazminde birlikde mes'ul oldukları” (sont tenus
ensemble du dommage, zugleich haftbar sind, sono insieme responsa-
bili) hususunda ittifak edememektedirler. Bazıları için, vasinin olduğu
kadar vesayet makamının ⁵¹ da kusurlu hareketinin aynı zararı tevhit
etmesi kâfidir (ezcümle Kaufmann, 2. bası, mad. 429, no. 4). Di-

47) Fed. Mah., ta. 23/9/1954 (BGE 80 II 198-199, JdT 1955 I 196).

48) TMK. mad. 388/I e göre, sulh hâkimi.

49) Fed. Mah., ta. 17/12/1954 (BGE 80 II 377, JdT 1955 I 496).

50) TMK. mad. 412/I'e göre sulh hâkiminin.

51) Bak: yukarıda not 50.

ğerleri, mes'uliyetin ayrıca "aynı hukukî sebepten doğması gerektiği fikrindedirler (ezcümle Egger, 2. bası, mad. 429, no. 7). Bu fikirlerden ne biri, ne diğeri tam bir tasvibe lâayık değildir. Aynı ve bir tek zarar mevcut bulunsa bile, vesayet makamı⁵² bunun doğumuna müstakil olarak ve esaslı bir şekilde sebebiyet verdiği veya vasininkine nazaran faaliyeti birinci plânda bulunduğu veyahut da müessir olduğu takdirde bunu doğrudan doğruya ödemekle mükelleftir. Buna mukabil, vesayet makamı⁵³ müstakil olarak ve üstün bir şekilde zararın doğumuna yol açmadığı takdirde, sırf vesayet makamı ve vasi tarafından ika olunan kusurların değişik faaliyetlerden doğması veya ihlâl olunan vecibelerin aynı bulunmaması İMK.'nun 429. (TMK.'nun 412.) maddesinin I. fıkrasındaki kaideden ayrılmağı haklı kılmaz⁵⁴.

4) Akıl hastalığı dolayısıyla verilen hacir kararının kaldırılması (İMK. mad. 436 — TMK. mad. 418): İMK.'nun 436. (TMK.'nun 418.) maddesinde derpiş olunan bilirkişi raporu vesayet kaldırılmasının (ref'inin) zarurî şartıdır... Hâkim bilirkişi raporuyla bağılı değildir; mütehassısın reyi hâkimin bir kanaat sahibi olmasına ve hacir sebebinin halen mevcut bulunup bulunmadığının serbestçe tesbitine yardım eder⁵⁵.

Kaufmann'a göre (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Familienrecht III. kısım "Die Vormundschaft", Bern 1924, mad. 436, paragr. IV, not 9 ve 11), İMK.'nun 436. (TMK.'nun 418.) maddesinin Fransızca metninin ifade tarzına rağmen, bilirkişinin mütalâası, Almanca metinden de anlaşıldığı üzere, kanaatine uygun olarak karar verme hususunda serbest bulunan salâhiyetli makamı bağlamaz⁵⁶.

52) Bak: yukarıda not 50.

53) Bak: yukarıda not 50.

54) Fed. Mah., ta. 5/4/1955 (BGE 81 II 100, JdT 1956 6).

55) Fed. Mah., ta. 22/9/1955 (BGE 81 II 263, JdT 1956 293).

56) Mah. Kar., ta. 21/1/1955 (SJ 1956 253).